Droit et génétique du XXIè siècle

René de Quenaudon[1]

« La génétique est définie comme la science qui étudie les lois de l'hérédité et le support de la transmission héréditaire : le gène »[2]. Porteuse de promesses, mais aussi de dangers pour l'humanité[3], la génétique se voit encadrée par le droit :

C'est ainsi que :

- des textes internationaux veillent sur le patrimoine génétique de l'humanité[4] ;

- l'article 16-4 du Code civil interdit les atteintes à l'intégrité de l'espèce humaine, l'eugénisme tendant à l'organisation de la sélection des personnes, le clonage et les manipulations génétiques ayant pour finalité de modifier la descendance ;

- l'article 16-10 du Code civil restreint l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales ou de recherche scientifique ;

- l'article 16-11 du Code civil encadre l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques[5] ;

- l'article 16-13 Code civil interdit les discriminations en raison des caractéristiques génétiques[6] ;

---

[1] Ce texte est en rapport avec ma contribution « Revisiter le droit avec Yuval Noah Harari » à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de Patrice et Michel Storck*, Dalloz-Joly, 2020. J'invite également le lecteur à se reporter à mon article *Droit et déterminisme* : HAL, 2019.

[2] Jean-René Binet, JurisClasseur Civil Code, Art. 16 à 16-14 - Fasc. 30 : Respect et protection du corps humain. – La génétique humaine. – L'espèce : *LexisNexis*, 2014, n° 1.

[3] V. la publication de l'INSERM, *Tests génétiques : Questions scientifiques, médicales et sociétales* : http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/107/Chapitre_1.html

[4] V. Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, dite d'Oviedo, du 4 avril 1997, conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe. - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 3 et 21.

[5] V. égal. art. L 1131-1 Code de la santé publique.

[6] V. égal. art. L 1132-1 C. trav. qui dispose qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison [...] de ses caractéristiques génétiques ». V. égal. art. L 1321-3.

- l'article L 611-18 du Code de la propriété intellectuelle dispose que la séquence totale ou partielle d'un gène humain ou un procédé de modification de l'identité génétique de l'être humain ne peuvent constituer une invention brevetable.

Même s'il arrive aussi que la règle de droit exprime une vision positive de la biologie[7], cette liste, qui est loin d'être exhaustive, montre que la relation entre le droit et la biologie est fortement asymétrique en ce sens que si le droit parle à la biologie, la biologie parle peu au droit[8].

Cette situation est confortée par la crainte du « biologisme ». On entend par ce terme, le modèle théorique selon lequel les conditions naturelles et organiques de la vie et de son évolution (gènes, hormones, neurotransmetteurs…) sont la base de la réalité physique et spirituelle de l'homme et de la société. Au biologisme sont associées les niaiseries – ou ce qui nous apparaît comme tel aujourd'hui[9] – du professeur de médecine légale Cesare Lombroso[10] et du docteur Franz Joseph Gall[11] au XIXe siècle[12] ou, pire, les activités criminelles des « médecins » nazis durant la Seconde Guerre mondiale[13]. Et lorsque des figures intellectuelles,

[7] Tel est le cas lorsque le droit met la biologie à son service. V., par exemple, Cass. civ. 1, 15 mai 2019, n°18-12.602.- Cass. crim. 30 octobre 2019, n°18-86696.- *Adde* Jean-Claude Mounolou et Françoise Fridlansky, Biologiste, expert, expert-biologiste : *Natures Sciences Sociétés* 2007/3 (Vol. 15), EDP Sciences, p. 291 s.

[8] On peut relever que dès à présent le vocabulaire biologique imprègne le vocabulaire législatif. Mais c'est au grand regret de certains juristes. V., par exemple, J.-R. Binet, art. cit., n° 19 : « Peut-être le législateur aurait-il pu faire un autre choix et envisager non l'espèce humaine, mais "l'humanité" ou "le genre humain". Une telle référence n'aurait pas manqué de pertinence en s'inscrivant dans le sillage de la pensée juridique d'inspiration chrétienne de l'école du Droit des gens ». Le même auteur relève aussi que l'influence de la génétique sur le droit n'est pas limitée à une question de vocabulaire mais se traduit aussi par l'autorisation de pratiques, selon lui, éthiquement discutables (v. art. cit., n° 52 s. : « Trois pratiques problématiques [:] les naissances évitées par le développement du diagnostic anténatal [...] et par la stérilisation contraceptive des majeures protégées »).

[9] Tel n'était pas le cas au XIX^è siècle, période au cours de laquelle ce qui aujourd'hui nous apparaît comme des sottises a inspiré des romanciers, tel Balzac, pour décrire leurs personnages.

[10] V. César Lombroso, *L'homme criminel - fou moral - épileptique. Etude anthropologique et médico-légale*, trad. de la 4^è édition italienne par Régnier et Bournet, préf. Ch. Letourneau, Félix Alcan, 1887. Par exemple, chap. 3 : « Commençons par les mineurs. Une étude comparative de 188 jeunes criminels avec 437 jeunes gens honnêtes du même âge, et ayant un même genre de vie, a montré que chez les criminels la taille légèrement supérieure à l'âge de 10 à 13 ans, égale de 13 à 16 ans, s'élève de 16 à 18 ans, dans la proportion de 1,54 à 1,51, et subit une légère descente de 19 à 21. Quant au poids, ils l'ont supérieur dans toutes les séries, excepté de 13 à 16 ans, époque à laquelle il est égal à celui des hommes normaux. Au contraire, la circonférence crânienne, chez les jeunes criminels de tout âge, est inférieure à celle des hommes normaux ».

[11] F. J. Gall a été le fondateur de la phrénologie, qui est une théorie selon laquelle les bosses du crâne d'un être humain reflètent son caractère. C'est ainsi que quelqu'un peut « avoir la bosse des maths » ou « la bosse du commerce ».

[12] V., par exemple, Laurent Mucchielli, Une « nouvelle criminologie » française ? Pourquoi et pour qui ?: *Revue de sciences criminelles*, 2008, p. 795 s., spéc. note 9.- Arnaud Aubert Prédictibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes : *AJ Pénal* 2012, p. 80 s.

[13] V., par exemple, Alain Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2006, p. 74 s. : « La mémoire des crimes du nazisme de même que celle, encore plus parcellaire, des crimes du communisme

biologistes et/ou médecins, publient des textes de vulgarisation et procèdent à des extrapolations en SHS, on qualifie leurs écrits de théories biologisantes et on se moque de la réappropriation « scientifisée » dont elles font l'objet de la part des classes moyennes en quête d'ascension sociale et d'autodidaxie[14].

Pourtant, chacun sait que le danger pour l'Homme ne vient pas de la connaissance scientifique, mais de l'utilisation que certains peuvent en faire. Par ailleurs, l'Histoire atteste que les fondateurs de royaume ou d'empire n'ont pas attendu l'avènement de la génétique pour anéantir des populations à grande échelle[15] et que les ressorts de la haine n'ont pas besoin de la science pour provoquer, y compris à notre époque, des massacres d'une ampleur inouïe[16].

Cependant, ce rapport entre le droit et la biologie pourrait changer avec la naissance de l'épigénétique[17], cette nouvelle branche de la biologie du XXIè siècle. En effet, il y a quelques dizaines d'années, les biologistes ont découvert, à leur grande surprise, qu'un gène donne bien une protéine, mais sa fonction peut être très différente selon beaucoup de choses et surtout en fonction du contexte présent et des expériences passées. Ainsi, ils ont acquis la conviction que nos émotions ne sont pas de mystérieux phénomènes spirituels permettant

---

a évacué tout ce qui aurait obligé les démocraties à faire leur propre examen de conscience. Tel est le cas [...] du biologisme où s'ancra l'idéologie nazie. [...] Ayant refusé de voir ce qui en elles-mêmes avaient pu constituer les germes du totalitarisme, les démocraties ont continué à croire que [...] la biologie est en dernière instance le lieu de connaissance de l'homme ».- Catherine Dupré, Le respect de la dignité humaine : principe essentiel du droit du travail : *Revue de droit du travail* 2016, p. 670.- Rappr. Emmanuel Hirsch, Le code de Nuremberg, prise de conscience bioéthique : *Le Monde* du 19 août 2017.

[14] V., par exemple, Sébastien Lemerle, Les habits neufs du biologisme en France, *in Actes de la recherche en sciences sociales* 2009/1-2 (n° 176-177), *Le Seuil*, 160 p., p. 68 s.- du même auteur, Le retour du biologisme sur la scène intellectuelle, *in Le singe, le gène et le neurone*, Presses Universitaires de France, coll. Science, histoire et société, 2014, 256 p., p. 19 s.

[15] V., par exemple, Bartholomé de Las Casas, *Très brève relation de la destruction des Indes*, introduction de Roberto Fernandez Retamar, trad. de l'espagnol par Franchita Gonzalez Batlle, La découverte/Poche, 152 p.

[16] V., par exemple, Christian de Brie, Au temps de Gengis Khan et de Tamerlan : *Manière de voir* 2004/8 (n°76), éd. Le Monde diplomatique, 100 p., p. 30 s. : « Guerres et massacres n'ont cessé d'ensanglanter le monde : à toute époque et en tout lieu, c'est le dénominateur le plus commun d'une histoire inhumaine qui n'a pas attendu le siècle dernier, la guerre industrielle, les technologies des armes de destruction massive et des usines de la mort pour commettre le pire. Au reste, avec 900 000 morts en quatre-vingt-dix jours, d'avril à juin 1994, soit une moyenne de 10 000 par jour, le dernier génocide du millénaire, celui des Tutsis rwandais, vient nous rappeler que la machette peut se révéler aussi "performante" que la chambre à gaz ».

[17] V. Ariane Giacobino, *Peut-on se libérer de ses gènes ? L'épigénétique* », Stock, 2018.- Joël de Rosnay, *La symphonie du vivant*, Les liens qui libèrent, 2018, à propos de l'épigénétique, de la mémétique et de l'épimémétique. J. de Rosnay propose la métaphore suivante suite à la découverte de l'épigénétique : notre ADN, c'est un peu comme le système d'exploitation de l'ordinateur ; l'utilisateur ne peut pas le modifier ; l'épigénétique, c'est comme les applications sur l'ordinateur ; l'utilisateur peut les déclencher à volonté (https://www.youtube.com/watch?v=m6QCrrnByoM).- Pier Vincenzo Piazza, *Homo biologicus*, Albin Michel, 2019 (https://www.youtube.com/watch?v=w_Q718RDzOw).

d’écrire de la poésie ou de composer des symphonies, mais des algorithmes biochimiques vitaux pour la survie et la reproduction de tous les mammifères. En somme, pour ces biologistes, le droit comme la morale relève de l’imagination fabriquée par notre cerveau. La volonté, l’intention, le libre arbitre, l’intime conviction… tout cela n’est que le produit de notre imagination. Cette avancée scientifique invite à s’interroger sur des concepts comme la volonté, l’intention, l’intime conviction… Par ailleurs, elle remet en cause l’appréhension du droit, généralement partagée, en tant que réalité objective, extérieure à l’Homme, pour le voir comme réalité imaginaire, intersubjective. Cette nouvelle conception du droit pourrait déboucher sur une recherche pluridisciplinaire dans laquelle juristes et biologistes seraient appelées à dialoguer. On songe, par exemple, à la prise en compte par les juristes de la distinction entre normalité et norme, du rôle de l’endostasie et de l’exostasie dans la prise de décision…